

ALESSANDRO ANASTASI

L'interdiction des discriminations dans la Charte révisée...

1. Avant-propos

La liberté a toujours eu de multiples significations.

En prenant la Bastille c'était surtout liberté de conscience, d'opinion, d'expression; plus tard, la liberté entraîne la revendication de multiples droits et ensuite dans son sillage se rangent des garanties positives et d'ordre économique comme le droit au travail, à la solidarité, à la non-discrimination.

Bien sûr, il est parfois très difficile de distinguer les libertés publiques des droits subjectifs; mais, quand on parle du principe de non-discrimination, il s'agit d'un concept qui est à cheval sur les deux versants, en tant que lié aux deux systèmes des libertés et des droits fondamentaux, garantis – les deux – en vertu des textes internationaux ou supranationaux, protégés même contre les pouvoirs législatif et exécutif nationaux, puisqu'il faut se rendre à l'évidence: il est vain de parler des droits de l'homme, dans un monde dominé par les Etats souverains, dépositaires sacrés et incapables de s'entendre pour coordonner leur action à la mesure d'un nouveau monde.

Un monde qui, dans le processus de la mondialisation, oublie de considérer les libertés publiques et les droits fondamentaux de l'homme du point de vue de leur valeur intrinsèque, tandis que la simple relation entre mécanisme de marché et liberté soulève des questions; puisque la théorie économique du marché a abandonné une de ses valeurs centrales: la notion de liberté.

En même temps peut-on parler de droits de l'homme où sévissent des massacres perpétrés par cruauté bestiale, en s'abritant derrière l'idéal de la démocratie et de la liberté même, jusqu'à invoquer le nom de la Divinité?

En plus: désormais l'espace est devenu infini de façon concrète et pas seulement de façon philosophique. Il s'empare dans tout le cas du cyberspace et le temps est, lui aussi, infini, avec la promesse de la science génétique qui colloque les hommes dans le double infini de la durée du temps et dans l'espace des espèces.

Désormais, en face du double défi d'un progrès fantastique et du fantôme de l'autodestruction, qu'est-ce qu'on peut faire? Je crois qui est possible proposer une nouvelle approche, parce que ces droits négligés ne sont pas «allergiques» au système du droit. Dans le cadre de la mission éthique de rendre partout justiciables les droits fondamentaux de l'homme, en appliquant des instruments internationaux ou des principes généraux, comme ceux dont la *Charte sociale européenne révisée*, dans ce contexte, donc, c'est obligatoire d'insister sur la nouvelle catégorie de droits fondamentaux et des libertés publiques, en tant que droits de l'homme: une catégorie tout à fait spéciale, que l'on pourrait nommer comme les droits que j'aime appeler de la "quatrième dimension": c'est à dire des droits qui se placent dans les dimensions du temps (donc de l'histoire et de son évolution), de l'espace (donc de l'aire d'application), de la culture (donc de sa spécificité) et, enfin, du nouveau "cyberespace", c'est à dire à l'intérieur de la réalité de la mondialisation, dans l'époque du postmodernisme, de la société thecnétronique, d'intérnet, d'un marché mondial du travail et de l'entreprise «gatiste».

Le droit ne peut pas être en retard sur les faits: il faut que dans le monde entier ces droits de la quatrième dimension ne soient pas des illusions, des mythes, des fictions scientifiques ou littéraires; mais qu'ils pénètrent dans les ordres nationaux, internationaux, supranationaux: qu'ils ne restent pas lettre morte, mais qui deviennent en dépit de l'indifférence des gouvernants qui signent beaucoup de conventions, mais ne les ratifient pas ni l'appliquent tout court.

2. La dimension internationale et européenne des libertés et des droits fondamentaux, en tant que droits de l'homme, et le principe de non-discrimination

Les droits de l'homme sont universels ou ils ne sont pas droits de l'homme; ils sont l'équivalent d'une religion laïque, cependant ils sont les seules valeurs laïques qui ont un caractère religieux. Ils représentent une valeur dont la dimension universelle doit être universellement reconnue; en tout cas, la liste des droits de l'homme est/doit être historiquement définie, mais pas historiquement définitive. Elle dérive du niveau du développement social qui exige la suppression des principaux facteurs qui s'opposent aux libertés individuelles et collectives; catégories qui favorisent les capacités des individus, de façon que les droits instrumentaux se posent dans la perspective du développement comme liberté commune. S'il arrive qu'un Etat limite l'exercice d'un droit de l'homme, en tant que droit/liberté fondamental/e, il substituera à la valeur universelle un intérêt politique, un univers partisan.

Dans la perspective des droits de la quatrième dimension, il faut souligner qu'il conviendrait d'envisager, en général:

- 1) que les nouvelles conventions en matière de droits de l'homme excluent la possibilité de formuler des réserves;
- 2) que les Etats qui ont formulé des réserves soient invités à les révoquer;
- 3) qu'il y ait un dialogue international avec l'introduction de mesures contre les Etats réservataires.

Ceci dit, on peut rappeler que la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies du 10 décembre 1948, proclame dans son article premier que "*tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit*"; on peut rappeler qu'elle s'occupe du principe de non-discrimination – presque qu'un corollaire – aux articles 2, 7 et 23 n. 2.

Au plan universel, il faut en outre citer principalement la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, adopté le 21 décembre 1965; et encore les *Pactes internationaux* adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 (surtout aux artt. 2 n. 2 et 3) sur le *Droits économiques, sociaux et culturels* et celui du 18 décembre 1979 sur l'*Elimination de toutes formes de discrimination des femmes* (artt. 1 et 2). Suive la *Convention des droits des enfants* (20 novembre 1989) et la *Convention européenne* au même sujet du 28 octobre 1995. En plus la *Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* (OIT, 16 novembre 1977) pour corriger ou éliminer les discriminations (artt. 21, 22, 23) et celle sur les *Principes et le les droits fondamentaux en matière de travail* (OIT, 18 juin 1998, point 6).

Le principe de non-discrimination est inscrit aussi dans les *Principes fondamentaux* de la *Charte olympique*, où (règle 2, par. 2) se trouve énoncé en ces termes: "*Le Mouvement olympique a pour but de contribuer au monde pacifique... par le moyen du sport pratiqué sans discrimination d'aucune sorte*"; en général, il est indiqué que le Comité international olympique agit contre toute discrimination affectant le Mouvement olympique (règle 2, par. 4) et est énoncé le principe de l'égalité des sexes (par. 5), conjoint à l'alinéa selon lequel le CIO "*veille par tous les moyens appropriés à la promotion des femmes dans le sport.... en vue de l'application du principe de l'égalité des sexes*" (règle 2).

Il faut encore mentionner qu'il existe plusieurs déclarations islamiques des droits de l'homme, qui reflètent la multiplicité des courants de l'Islam: tout spécialement dans la *Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam*, adoptée par des représentants des Etats membres de l'Organisation de la Conférence Islamique en 1990, nous notons que si les droits de l'homme islamique se distinguent des droits de l'homme occidentaux par leur caractère divin il ne sont pas uniformes: la *Déclaration* affirme par exemple que la femme, égale en dignité à l'homme, a des droits dont elle bénéficie ainsi que des devoirs à accomplir (art. 6), mais ce qui frappe est le manque de séparation

entre le social, le politique, le juridique et le religieux, puisque "*Tous le droits et libertés de cette Déclaration sont sujets à la Shari'ah islamique*" (art. 24).

Dans le cadre régional européen, mentionnons d'abord la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (4 novembre 1950) et que la Communauté – en tant que résultat d'un long processus évolutif – s'est dotée d'une *Charte communautaire des Droits sociaux fondamentaux des travailleurs* (2 décembre 1989) et d'une *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (7 décembre 2000).

Même si on s'occupe – comme il faut dans cette occasion – uniquement du principe de non-discrimination dans le droit de travail, on peut remarquer que, en général et à niveau théorique, ça ne pas trop mal, au moins en ce qui concerne le nombre des instruments internationaux. Ce n'est pas par hasard que – propre en matière de droits de l'homme – on peut constater l'existence de deux tendances: les instruments internationaux vont servir de façon plus importante que les traditions constitutionnelles communes de source de référence. En plus, au sein même des ces instruments, la *Convention européenne* constitue un instrument spécifique de référence privilégié, ou mieux, selon la formule de la Court de Justice, celle-ci "*revêt une signification particulière*": enfin, la Convention n'est pas une source banale parmi d'autres sources de droits fondamentaux; elle s'avère être le pivot des droits fondamentaux et forme le standard minimum à dépasser.

Certainement le développement prétorien des droits fondamentaux en droit communautaire a permis de suppléer, de combler le carences initiales des Traités en matière et a constitué un véritable inventaire de ces droits. L'inscription suivante des droits de l'homme dans les traités communautaires est l'aboutissement d'une évolution sociale et juridique, qui – en ce qui concerne le principe de non-discrimination – va, à l'instar du principe d'égalité, être développée par la Court de Justice de façon libérale.

Ce principe, présent déjà dans les *Traités originaires* (ex art. 7 CE), qui interdit la discrimination en fonction de la nationalité est rappelé dans d'autres dispositions relatives à des matières spécifiques: interdiction de discrimination fondée sur la nationalité des travailleurs des Etats membres (art. 39, par. 2); discrimination dans l'aménagement des monopoles nationaux présentant un caractère commercial (art. 31, par. 1); discrimination entre producteurs et consommateurs dans le cadre de la politique agricole (art. 34, par. 2, al. 3).

Il s'impose aussi sous la forme de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en matière de rémunération (art. 141, par. 1). Ainsi il est présent en matière de sexe, consacré par le *Traité d'Amsterdam* (art. 13) aboutit en tant que droit social fondamental; en plus l'art. 2, par. 2, étend ce principe sous la forme d'égalité à l'ensemble des politiques et d'actions menées par la Communauté. Par la suite, le *Traité d'Amsterdam* a amélioré la portée du principe, en permettant au Conseil de prendre des mesures nécessaires pour

combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, selon la formule de la Charte sociale révisée.

En conclusion, de façon générale, on peut dire qu'en matière de non-discrimination les Traités modifiés par l'Acte unique, le *Traité de Maastricht* et le *Traité d'Amsterdam* ont confirmé la jurisprudence évolutive de la Cour de Justice et institutionnalisé la ligne propre de la Charte sociale révisée.

Pas sans sens, d'autre part, une sentence récente de la Cour de Justice (Arrêt 29 janvier 2002, *Pokrzeptowicz-Mayer v. Land Nordrhein-Westfalen C-162/00*) agrandit l'aire d'application du principe de non-discrimination, en l'étendant aussi aux citoyens polonais, à raison de l'Accord d'association entre Pologne, États membres et Communauté.

3. Des racines mercantiles à une aspiration éthique du principe de non-discrimination en droit communautaire

À l'origine, l'objectif fixé par le principe de non-discrimination en droit communautaire - imposé par la France, lors des négociations du traité de Rome - était d'assurer une égalité des conditions de concurrence entre les entreprises des États membres. En suite, le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes (synonyme de non-discrimination), initialement centré sur les salaires, sera étendu à d'autres domaines (conditions de travail, par la Directive 76/207 CE); sécurité sociale par les Directives 79/7 CE et 86/378 CE).

En effet, la protection des droits de l'homme envisagée de façon globale a fait une entrée discrète dans les textes à travers le *Préambule* de l'*Acte unique européen*, sous la forme de simple déclaration d'intentions. Il s'agissait "*de promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus par les Constitutions et les lois des États membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans la Charte sociale européenne*".

En tout cas, un processus global de gestion du changement était nécessaire pour aboutir à l'égalité sur le lieu de travail: à défaut ne des îlots d'égalité pouvaient émerger; donc, au niveau politique, le développement des mesures égalitaires était lié à un changement de perspective, selon laquelle le principe de non-discrimination affirmerait ces raisons éthiques et sociales. Le barycentre de cette nouvelle vision de politique du droit de promotion d'égalité s'est concentré sur les positions des femmes; toutefois promouvoir l'égalité des chances ne c'est pas se livrer à un simple exercice de comparaison de données statistiques. Tout particulièrement la Commission a adopté une approche de "*mainstreaming*" en 1966, en vertu de laquelle les politiques européennes doivent tenir compte des intérêts des femmes et des hommes: à ce propos-ci et dans cette ligne évolutive il faut mentionner la Directive 97/80 CE, relative à la

charge de la preuve dans le cas de discrimination fondée sur le sexe avec ce qu'elle a impliqué en matière de changement des jurisprudences des Pays membres.

Toutefois, a priori, il faut rappeler l'action et l'interprétation très compréhensive de la Cour de Justice qui, à partir du 1981 (dans la célèbre affaire *Jenkins v/ Kingsdate*) a développé la notion de discrimination directe et indirecte: mais dès le début, en Europe, le principe de non-discrimination s'ajoute à celui de liberté de circulation, qui explique l'étendu de la règle de l'égal accès à l'emploi.

Disons que le parcours communautaire a vu marquer du même pas les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, fonctionnelles dans la double perspective des libertés de marché et de circulation: ou mieux on pourrait penser qu'il s'agissait de variantes terminologiques, véritables synonymes à partir de la Directive 76/207 CE jusqu'à la récente Directive 2002/73, en passant par les Directives 2000/43 et 2000/78. Enfin, les situations régies par le droit communautaire, auxquelles s'applique l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité comprennent notamment celles relevant du droit à la libre prestation des services, conféré par l'art. 59 du Traité. Relèvent de cette disposition et peuvent se rendre et se déplacer librement dans l'Etat membre d'accueil les ressortissants des Etats membres qui, sans bénéficier d'une autre liberté garantie par le Traité, se rendent dans un autre Etat membre en vue d'y recevoir des services ou en ayant la faculté d'en recevoir (Arrêt 24 novembre 1998, *Bickel et Franz* C 274-96)

La mise au point arrive par la *Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne* qui exclut toute discrimination fondée outre que sur le sexe, sur la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, dont l'art. 21 montre la directe descendance des artt. 13 *Traité d'Amsterdam*, 14 *Convention européenne des Droits de l'homme*, 11 *Convention sur les Droits de l'homme et la biomédecine* et, évidemment, art. E, Partie V, *Charte sociale européenne révisée*.

Ce parcours oblige à citer spécifiquement la Directive 2000/43, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, la Directive 2000/78 qui pose un cadre général d'égalité de traitement en matière de conditions de travail et la Directive 2002/73, qui réaffirme l'égalité entre hommes et femmes et substitue l'ancienne Directive 76/207, introduisant des contenus tout à fait nouveaux. En abordant le problème de l'égalité de traitement et du principe de non-discrimination, cette Directive réitère que le principe d'égalité implique l'interdiction de toutes discriminations directes et indirectes, fondées sur le

sexe, et affirme la légitimité d'exception au principe uniquement en raison d'une caractéristique spécifique du sexe et selon des conditions particulières.

4. Charte sociale européenne et principe de non-discrimination.

Dans la session de juillet 1998, au Séminaire international de Szeged, Nikitas Aliprantis soulignait, d'une part, que la Charte sociale européenne, émanation majeure du Conseil de l'Europe, est une véritable Charte plus ou moins exhaustive des droits sociaux, individuels et collectifs, des travailleurs; et, d'autre part, qu'elle est restée largement méconnue, peut-être en raison des faiblesses de son système de contrôle concernant l'application par les Etats de ses dispositions.

C'est tout à fait vrai. En tout cas, la Charte sociale européenne, la vraie Charte sociale est une convention internationale, créant des obligations à la charge des Etats qui l'ont ratifiée: même si, en principe, il peut arriver qu'on cherche vainement des réponses, pour savoir quelle nature peut revêtir un accord conclu au niveau européen et quels effets il peut produire, du côté de la Charte sociale ou, encore, des Conventions de l'OIT. Autrement dit, la Charte obligatoire pour les Etats qui l'ont ratifiée est-elle créatrice de droits pour les citoyens? En tout cas, la Charte sociale européenne constitue un instrument juridique à la fois original et développé et, dans sa version originale et révisée, fait partie du droit européen non-communautaire.

Les questions demandent beaucoup de réflexions, qui ne sont pas l'objet de ce rapport. Dans notre perspective il s'agit, plutôt, de considérer le problème sur d'autres points de vue.

Tout spécialement, la Charte impose aux Parties contractantes l'obligation d'éliminer toutes les formes de discrimination dans l'emploi et doit se lire en relation avec le Préambule qui dispose – comme vous vous souvenez – qui dispose que *"la jouissance des droits sociaux doit être assurée sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale"*; la formule est très large, énumérant ainsi les formes de discrimination qui sont interdites (art. 1, par. 2). En outre, il y a d'autres dispositions qui assurent directement le droit à la non-discrimination, en reconnaissant le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale, pour un travail de valeur égale (art. 4, par. 3) et l'emploi est étendu dans son acception plus large (*Conclusions*, IX, 1).

La Charte révisée, destinée à se substituer progressivement à la Charte sociale européenne, dans ses Parties I, II, III est concentrée sur l'exercice effectif des droits et principes en matière de travail, notamment pour la défense et le développement des droits de l'homme et de libertés fondamentales. La thématique de la non-discrimination se place dans une logique, je dirais dans une philosophie, qui considère le droit du travail en tant que droit protecteur

des salariés contre toute forme d'exploitation dont il peuvent être l'objet, selon une ligne de pensée qui ne considère pas le travail comme une simple marchandise.

Pour ne rien cacher, il faudra admettre que l'évolution législative du droit général de l'entreprise en ce qui concerne le développement des droits civils et de liberté dérive de la spécificité du rôle du droit du travail. Encore une fois il faut souligner que c'est la nature même du rapport de travail qui explique l'apparition et le développement d'un droit ayant pour fonction, si non exclusive, au moins inévitable, de protéger la personne même du salarié: contrainte physique et subordination de la volonté appellent la formation d'un droit protecteur du salarié.

Si on ajoute à cela que le droit du travail est une machine à transformer de l'illégal en légal, on est amené à affirmer que cette fonction protectrice n'obéit pas à un objectif égalitaire, parce qu'elle se propose de réduire la dose d'inégalité propre du rapport de travail, tandis que le droit du travail, par rapport au contrat de travail, est aussi un système de limites à l'autonomie privée. En même temps, il vaut mieux rappeler que la réalité enseigne que les rapports capitalistes, même s'ils sont néo-capitalistes, ne sont pas individuels, entre sujets, mais sociaux.

Par conséquent est toujours valable l'opinion que l'objet principal du droit du travail doit être, a été, est et sera à l'avenir de constituer une force d'équilibre pour compenser les non-égalité du pouvoir contractuel inhérent au rapport du travail: sans quoi il ne s'agit pas du droit du travail.

La nature du droit du travail, son caractère inégalitaire, vient confirmer d'une manière significative, selon les époques et les milieux, la réalité du salariat, d'où l'idée voulant que le droit du travail ait globalement pour effet de redresser l'inégalité du rapport: d'autant plus quand (c'est le cas des travailleurs) le salarié se trouve dans une condition/situation de "faiblesse institutionnelle", d'infériorité sociale, politique, économique. Que l'insertion de donnée protectrices dans le rapport de travail réduise la dose d'inégalité est incontestable et cette protection tient compte de l'absolue spécificité de la situation du salarié, à cause de son insertion dans un environnement de travail qu'il ne commande pas et où sa volonté est soumise au pouvoir de direction de l'entrepreneur.

En effet, la Charte a eu, déjà à partir des années 60, un rôle politique et social très important, une fonction-guide en matière de droits sociaux, mais particulièrement en ce qui concerne propre les droits des travailleurs et, dans ce contexte, se place le principe de non-discrimination.

5. *Réflexions sur le modèle de non-discrimination dans la Charte sociale révisée*

Remarque liminaire: il n'est pas possible de procéder à une analyse détaillée des propositions de la Charte révisée: les observations qui suivent sont des commentaires, nécessairement assez rapides, des dispositions prévues.

La Charte sociale révisée garantie une série de droits fondamentaux, qui peuvent se classer en deux catégories principales: conditions d'emploi et cohésion sociale. Bien sûr, le principe de non-discrimination – avec ses différents et multiples aspects – se pose à l'intérieur des conditions d'emploi, mais en tant que droit d'égalité et en même temps à l'égalité s'étende dans une dimension de large envergure. Donc il ne se place pas, uniquement, dans le contexte d'un système socio-politique qui prévoit et organise des conditions de travail équitables, mais devient expression d'un système qui prévoit, et a introduit, des nouveaux droits (artt. 24 et ss.) Fonctionnels en vue d'atteindre l'objectif d'une égalité substantielle entre les citoyens travailleurs.

C'est ne pas par hasard que le principe de non-discrimination soit de caractère général et qu'il soit lié – mais, pas uniquement dans le droit du travail – à celui-la des libertés publiques. De façon que ce principe marque et devient, en même temps, la clef de voûte de la Charte révisée, pour assurer – comme récite la Partie I – la réalisation des conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits contenus dans la Charte. En plus, c'est la Partie V, art. E, qui définit l'étendue de la non-discrimination, par une formule claire et précise.

En vérité cet article de la Charte révisée a confirmé la jurisprudence du Comité d'experts indépendants, visant que la clause de non-discrimination s'applique à toutes les dispositions de la Charte. Par conséquent, la Charte révisée ne permet pas de discriminations fondées sur l'un des motifs énumérés dans cet article, en ce qui concerne chaque droit contenu dans cet instrument légal. Nul doute que l'article E soit inspiré par l'art. 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme, qui d'autre part contient une énumération des motifs plus riche que celle du Préambule, avec l'ajout de quelques motifs figurant dans la Convention. Mais le mot «*notamment*» et l'expression "*toute autre situation*", qui figurent et caractérisent l'art. E de la Charte révisée indiquent que la liste des motifs sur la base desquels toute discrimination est interdite n'est pas exhaustive: au contraire, l'esprit et la lettre de cette dernière disposition permettent de conclure, tout court, que c'est la discrimination qui est interdite, puisqu'elle élargit au maximum le contenu de l'interdiction.

6. *L'inscription de la clause et ses axes paradigmatiques.*

Par ailleurs, le principe juridifié de non-discrimination permette de s'opposer à des atteintes illicites aux droits et libertés des travailleurs, avec des reflets à

trois moments: celui de l'accès à l'emploi, celui de la vie de travail et celui de la vie extra professionnelle.

Le périmètre subit un double cantonnement emprunté à la cause et à l'objet des discriminations visées: sous le premier profil est visée, en principe, toute discrimination, notamment les discriminations qui trouvent leur origine dans les motifs énumérés dans l'art. E.

L'objet de la discrimination est, pour la plupart, le champ du droit social, singulièrement celui des relations professionnelles et de travail; mais, pour le surplus, relèvent aussi les discriminations relatives à la protection et exclusion sociale, aux avantages sociaux, à l'éducation et à la formation professionnelle, à la santé, au logement.

7. L'admission des discriminations positives à l'intérieur du principe de non-discrimination

On pourrait dire qu'il s'agit d'une antithèse logique: on touche maintenant un autre point essentiel.

Un double impératif, juridique et social, impose d'accorder, dans des situations de particulier désavantage, le bénéfice de dispositions tout à fait particulières pour tenir compte de certaines faiblesses physiques, sociales, même d'origine historique et culturelle ou effacer le plus rapidement possible des handicaps constatés. Dont la décision de créer et appliquer dans ces situations-ci des dispositifs légaux inégalitaires.

Dans ce contexte, se pose le problème de promouvoir les égalités des chances, de façon que l'égalité ne soit pas un principe abstrait, mais une concrète proposition politique; résultat réalisé par des actions positives qui, pour l'occurrence et selon les occasions, en tant que déroatoires au principe d'égalité formelle, peuvent se concrétiser dans une voie – et un modèle – judiciaire, bureaucratique ou volontaire. De toute façon, dans le cadre de cette vision, le système ne s'inspire pas d'une conception libérale orthodoxe du droit, mais répond à un critère qui vise à protéger ceux qui paraissent les moins bien armés dans le jeu économique et social.

8. Remarques finales

Le principe de non-discrimination dans la Charte sociale révisée, en tant que machine à réaliser un projet politique et à affirmer les droits fondamentaux de l'homme, dans le cadre des libertés individuelles et collectives, donc, ne peut pas coïncider avec l'idée d'égalité juridique formelle et ne peut pas se traduire dans le principe d'égalité de traitement des travailleurs.

Comme vous le savez bien, l'interdiction des discriminations s'étend aux discriminations indirectes, qui sont bannies, mais accepte un rôle actif des actions positives.

Plus qu'en tout autre domaine, l'affirmation des droits fondamentaux et des libertés publiques a été ainsi transposée dans les rapports entre particuliers et se propose d'assurer leur exercice dès lors que le principe de citoyenneté dans l'entreprise est aussi affirmé. Bien sûr, l'analyse prédominante suppose l'indivisibilité de l'ensemble des libertés et des droits fondamentaux: toutefois, en se référant aux instruments internationaux, en conclusion, on peut proposer une double lecture.

S'il est vrai que n'existe pas de méthode rigoureuse pour présenter le contenu des libertés et des droits fondamentaux, il est vrai – en même temps – qu'il existe une hiérarchie des valeurs.

Au premier rang appartiennent quelques rares droits à la protection absolue, pour lesquels aucune dérogation, restriction ou limitation n'est admise, même en cas de guerre; il s'agit donc de principes généraux aux quels s'ajoutent des systèmes de garanties. C'est une définition qui exclut de cette catégorie des droits à protection absolue le droit à la vie, car est admise la peine de mort et la légitime défense.

Au second rang sont les *droits à protection quasi-absolue*, protégés sans exception ou restriction, mais pouvant être temporairement suspendus, pour des raisons exceptionnelles: à cette catégorie appartient le droit à la non-discrimination et dans cette catégorie devrait logiquement apparaître le droit à la vie. En toute hypothèse son des droits jamais à protection absolue, aussi – par exemple – que le droit à la présomption d'innocence et la plus part des droits garantis (procès équitable, légalité, accès à la justice).

Suivent, au deuxième et troisième rang, les droits à protection relative forte et, après, à protection relative faible.

Le principe de non-discrimination admet certaines exceptions, à condition qu'elles soient justifiées. Cette notion de discrimination justifiée reposant sur deux idées: d'une part, le principe d'égalité ne joue que toutes choses égales d'ailleurs, ne s'applique qu'à des personnes semblables ou des situations identiques; d'autre part, il est possible de déroger pour des impératifs d'intérêt général, en rapport avec l'objet ou la finalité de la mesure.

Les instruments internationaux en matière de travail peuvent certainement guider les législateurs nationaux dans leur recherche des modalités les plus adéquates. S'agissant des libertés et des droits fondamentaux de l'homme et de la femme au travail, surtout en matière de non-discrimination ces instruments contiennent des principes de base que tout Etat se doit de suivre, même si d'évidents problèmes d'application peuvent surgir en pratique. A tout ce, on peut ajouter qu'en général quand il s'agit du thème des droits et des libertés tout devient plus important dans une époque ou – selon les sinistres encycliques et l'irraisonnée politique militaire de George W. Bush – il paraît s'accomplir le

théorème du "*droit d'ingérence*" par des puissances «*protectrices*», des nations "*gendarmes*", de véritables *world-wacht-dog*, chargés de maintenir l'ordre public international et de sauvegarder des intérêts supranationaux: bref, s'avère un bruyant voyage prophétique dans le cauchemar de l'Etat mondial.

Tandis que un jeu subtil de la Nouvelle Droite légitime que même les libertés individuelles soient redéfinies en termes de privilèges, décomposées en somme de liberté de classe, aussi pour l'influence du processus de mondialisation. Encensée par les uns, diabolisées par les autres, la mondialisation est, de toute façon, une réalité irréversible. Sous des aspects elle devrait constituer une avancée pour l'humanité en favorisant son unité dans le respect de ses diversités. Malheureusement, mise en avant et stimulée par une volonté de dérégulation économique et sociale, elle n'est pas contrôlée ni suffisamment corrigée et crée naturellement des gagnants et des perdants.

Toutefois, il est évident que tout ça ne signifie pas qu'on pourrait refuser la mondialisation, lutter pour bloquer tel processus. Ce serait contraire au sens de l'histoire, tout simplement fou.

Mais – je me rappelle Foucault – dans une humanité centrale et centralisée, effet et instrument de relations de pouvoir complexes, corps et forces assujettis par de dispositifs d'incarcération multiples, objets pour des discours qui sont eux-mêmes des éléments de cette stratégie il faut entendre le grondement de la bataille. Et alors? Tout simplement, au moins dans notre domaine de réflexion, il faut s'engager à fin que la mondialisation adopte un visage "humain". Elle accélère les changements structurels, mais affaiblit simultanément le pouvoir des institutions internationales et les structures nationales: une mobilisation, au niveau international, est donc nécessaire afin de transformer la mondialisation des économies en une réalité constructive et socialement juste, qui, en même temps, mondialise libertés et droits fondamentaux. Une certaine logique suggère que dans cette matière, il soit peu probable que le FMI, la Banque mondiale, l'OMC pourraient devenir le forum approprié pour gérer cette question; en effet, ces institutions ont, en tant qu'objectifs primaires, la résolution de problèmes qui ont des racines éthiques, même élémentaires.

Enfin, dans ce scénario tourmenté, les démocraties développées d'une Europe inhomogène dans son homogénéité ne peuvent, sauf à risquer des nouvelles crises révolutionnaires, laisser diverger l'univers de la production, le marché du travail, avec les institutions politiques et sociales et un système organique de libertés et droits fondamentaux.

Nul doute que le XXI siècle s'est ouvert sous le signe des grandes transformations du capitalisme, au point de rencontre de la mondialisation, du retour au premier plan des économies et des sociétés, du renouveau de l'esprit d'entreprise et, pour les Européens, de la constitution d'un grand marché, auquel se trouve adossé l'euro. Mais, contrairement à la vision de Marx, forgée à partir de l'analyse de l'Angleterre du XIXe siècle, le capitalisme est un objet historique, pas une philosophie! D'où la nécessité de repenser les liens sociaux,

dans ses dimensions, à l'intérieur du mécanisme fonctionnel des libertés et des droits fondamentaux.

Si non, la nouvelle idéologie, la nouvelle réalité nous obligent à soupçonner que la "raison" du droit du travail avait "tort" et qu'il est devenu, aujourd'hui, le grand miroir de son désespoir: en tout cas, ça va sans dire, elles semblent avoir oublié les beaux mots de Musil, qui nous rappelle que "chaque génération absorbée à détruire les bons résultats d'une époque précédente croie de les améliorer".

(Quelques) Références bibliographiques

- ALIPRANTIS N.: *L'égalité professionnelle des hommes et des femmes dans la Charte Sociale Européenne*. Séminaire internationale de Szeged, session juillet 1998
- BAILOS, GRAU, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA: *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*. Bologna 1996
- BALLESTRERO M.V.: *Dalla tutela alla parità, La legislazione italiana sul lavoro delle donne*. Bologna, 1979
- BALLESTRERO M.V.: Donne (lavoro delle), dans *Digesto disc. priv., sez. comm.*, V, Torino, 1990, 150 ss.
- BALLESTRERO M.V.: A proposito di eguaglianza e diritto del lavoro. in *Lav. Dir.*, 1992, 578 ss.
- BATTAGLIA F.: *Le Carte dei diritti*. Reggio Calabria 1998
- BOBBIO N.: *Eguaglianza e libertà*. Torino 1995
- BOBBIO N.: *L'età dei diritti*. Torino 1990
- McKEAN: *Equality and Discrimination under International Law*. Oxford 1983
- CARUSO B.: Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro? dans *Italian labor Law Electronic Review*, III, 2, 2001 (<http://www.labourlawjournal.it>, ISSN 1561-8048)
- D'ANTONA M.: Uguaglianze difficili. dans *Lav. dir.*, 1992, 597 ss.
- DE VARENNES F.: *Asia-Pacific Human Rights Documents and Resources*. I, Netherlands 1998
- EBERHARD C.: *Droits de l'homme et dialogue interculturel*. Paris 2002
- FERRAJOLI L.: *Diritti fondamentali*. Bari, 2001
- GAETA-ZOPPOLI: *Il diritto diseguale*. Torino 1992
- GARZÓN VALDÉS E.: Diritti umani e minoranze. dans *Ragion Pratica*, 1994, 2, 55ss.
- GARZÓN VALDÉS E.: *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid 1997

- GHERRA: Azioni positive e pari opportunità. dans *Giornale. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 1 ss.
- GIORGIS A.: *La costituzionalizzazione dei diritti di eguaglianza sostanziale*. Napoli, 1999
- GUARRIELLO F.: L'Europa sociale dopo Maastricht. in *Lav. Dir.*, 1992, 223 ss.
- LANQUETIN M.T.: La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire. dans *Droit social*, 1988, 806 ss.
- LUHMANN N.: *I diritti fondamentali come istituzione*. Bari 2002
- LYON-CAEN G. - A.: *Droit social international et européen*. Paris 1993
- MENGONI L.: I diritti sociali. dans *Argomenti dir. lav.*, 1998, I, 1 ss.
- NAGY: Les principes fondamentaux du droit du travail. dans *Bulletin de Droit comparé du Travail et de la Sécurité sociale*, Bordeaux, 1982, 2, 70 ss
- NAGY: Globalisation et emploi. dans *Acta Universitatis Szegediensis, Acta Juridica et Politica*, t. LIX, fasc. 13, Szeged, 2001, 3 ss.
- OFFEDDU M.: *Le convenzioni internazionali del lavoro e l'ordinamento giuridico italiano*. Padova 1973
- PECES-BARBA MARTINES G.: *Teoria dei diritti fondamentali*. tr. it. De Mazzoni-Varano, Milano 1993
- PECES-BARBA MARTINES G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid 1991
- RIFKIN J.: *La fine del lavoro*. Milano 1995
- ROCELLA M.: *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*. Torino 1997
- RODIERE P.: *Droit social de l'Union Européenne*. Paris 1998
- ROMAGNOLI U.: Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. dans *Giornale. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 548
- RUBENSTEIN M.: Teoria sulla discriminazione. dans *Quaderni dir. lav. rel. ind.*, 1990, 7
- SANTONI F.: *Rapporti di lavoro e fattore religioso*. Napoli 1998
- SARTORI G.: *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*. Milano 2000
- SCHMID A.: *Tra economia e diritti*. Bologna 1988
- SCHWAB S. J.: Un approccio di law and economics alla teoria della discriminazione nei rapporti di lavoro. dans *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, I, 3 ss.
- SIMITIS S.: Fine o rinascita del diritto del lavoro. in *Giornale. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 4, 521 ss.
- SUDRE F.: *Droit international et européen des droits de l'homme*⁴. Paris 1999
- SUPIOT A. (s.d.): *Au-delà de l'emploi*. Paris 1999
- TENEKIDES G.: L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale. *Rec. Cours La Haye*, 1980, t. 168, 269 ss.
- TEYSSIE B.: *Droit européen du travail*. Paris 2001

VERDIER M.: *Pensieri in libertà.* dans *Diritti fondamentali e lotta all'emarginazione, Diritto del Mercato*, 1993, 3, 492 ss.

VERDIER M.: *Protection et justiciabilité des droits sociaux.* dans *Affari sociali internazionali*, 1992, 1, 45 ss.

YOUNG Y.M.: *Le politiche della differenza.* Milano 1996

ALESSANDRO ANASTASI

A DISZKRIMINÁCIÓ TILALMA A FELÜLVIZSGÁLT SZOCIÁLIS CHARTÁBAN ÉS EGYÉB NEMZETKÖZI DOKUMENTUMOKBAN

(Összefoglalás)

A tanulmány a diszkrimináció tilalmát tartalmazó nemzetközi normák fejlődését vizsgálja az emberi jogok egyetemes nyilatkozatától és az ENSZ által elfogadott egyéb-, valamint az európai regionális (közösségi) normákon át az Olimpiai Chartáig terjedő körben. Vázolja, hogy a közösségi jogban a diszkriminációtól való tartózkodás elve hogyan fejlődött ki annak merkantilista gyökereiből, és hogyan nőtt át etikai dimenziókba. Különös figyelmet szentel annak bemutatására, hogy a munkajog területén milyen sajátos problémák vetődnek fel az Európai Szociális Charta és a felülvizsgált Charta szabályozása során. Vizsgálja a diszkriminációtól való tartózkodás, illetve a pozitív diszkrimináció kérdéseit a munkához való jog érvényesítése, a munkaviszony fennállta idején és a foglalkoztatáson kívüli területeken. Megállapítja, hogy a diszkrimináció tilalmának megvalósításához politikai fellépés is szükséges